



Les leçons de la crise : Quelles évolutions dans la mise en œuvre des règles de concurrence par la Commission européenne ?

Frédéric Marty

► To cite this version:

Frédéric Marty. Les leçons de la crise : Quelles évolutions dans la mise en œuvre des règles de concurrence par la Commission européenne ?. 2010. halshs-00672308

HAL Id: halshs-00672308

<https://shs.hal.science/halshs-00672308>

Preprint submitted on 21 Feb 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les leçons de la crise : Quelles évolutions dans la mise en œuvre des règles de concurrence par la Commission européenne ?

Frédéric Marty

Chargé de recherche CNRS

Groupe de Recherche en Droit, Economie et Gestion (GREDEG)

UMR 6227 CNRS – Université de Nice Sophia-Antipolis

Chercheur affilié OFCE – Sciences Po. Paris

Département Innovation et Concurrence

Les réponses apportées par les Etats à la crise financière et économique de 2008 ont parfois été analysées comme marquant un recul du droit de la concurrence vis-à-vis de l'intervention publique et du droit de la régulation. Des annonces « de la mort du libéralisme économique et [de] la fin du rôle éminent du droit de la concurrence pour réguler le fonctionnement des marchés » se sont multipliées¹. De telles analyses – s'il ne s'agit d'imprécations – constituent un trait commun de plus de la situation actuelle avec la dépression des années trente. L'argument de la *mort du libéralisme* fait indubitablement écho aux débats induits par la crise de 1929. Il en est particulièrement ainsi d'une conférence donnée le 1^{er} mai 1936 par Auguste Detoef, PDG d'Alstom², devant le Cercle Polytechnicien d'Etudes Economiques (X-Crise). Intitulée *La fin du libéralisme*³, la conférence de ce grand nom du patronat français de l'entre-deux-guerres, semblait conclure à l'inexorable dépérissement de la libre concurrence. « [...] *le libéralisme est mort; il a été tué non par la volonté des hommes ou à cause d'une libre action des gouvernements, mais pas une inéluctable évolution interne. Le libéralisme, tel qu'il a joué au XIX^{ème} siècle, est mort. Il est inutile de tenter de le faire revivre. Il faut s'adapter à l'état nouveau. Puisqu'il a été bienfaisant, puisqu'il recèle des ferments utiles nécessaires, il*

¹ Jenny F., (2009), « La crise économique et financière, la régulation et la concurrence », *Concurrences*, n°2-2009.

² Le "h" d'Alstom, résultante de la fusion entre la Société Alsacienne de Construction Mécanique et le Compagnie Française pour l'Exploitation des Brevets Thomson-Houston, n'a que très récemment disparu.

³ Detoef A., (1936), *La fin du libéralisme ?*, reproduit dans Wieviorka O. et Prochasson C., (1994.), *La France du XX^{ème} siècle : documents d'histoire*, Point Seuil Histoire, Paris, pp.332-336.

faut tâcher de sauver du libéralisme tout ce qui peut être sauvé. Mais comme on ne peut pas tout sauver, il faut rechercher ce qui doit être sacrifié en lui. Il faut choisir, il ne s'agit pas, comme on le pense souvent, de lest à jeter: c'est une partie de la cargaison qu'il faut abandonner pour ne pas faire naufrage avec le reste».

La seule issue permettant de prévenir une étatisation de l'économie, selon Auguste Detoef, tenait à l'entente entre les entreprises, non plus conçue comme une défense d'un certain nombre d'intérêts particuliers au détriment du bien-être collectif, mais « dirigée vers la solution de certains problèmes qu'il faut nécessairement résoudre comme celui du chômage ». En d'autres termes, « *l'organisation* » de l'économie et « *l'entente* » entre firmes concurrentes étaient présentées comme une solution au chômage. Les pratiques soviétiques et allemandes avaient indubitablement quelques influences sur l'analyse de Detoef. Cependant, de façon quelque peu paradoxale, la solution préconisée avait d'ores-et-déjà été expérimentée aux Etats-Unis et était déjà en passe d'y être abandonnée.

Le NIRA (National Industry Recovery Act), durant le premier mandat de F.D. Roosevelt, a effectivement constitué un tel précédent. Certaines industries étaient incitées à conclure des *Codes of Fair Competition*. Il s'agissait d'accords intrabranches fixant les prix et les salaires, déterminant des quotas de production entre les membres et régulant les entrées dans le secteur d'activité considéré. Les firmes qui s'engageaient dans ces accords bénéficiaient en outre d'une immunité vis-à-vis des lois Antitrust. L'idée sous-jacente était que l'instabilité économique était liée au faible niveau des profits dans les différentes branches industrielles. Il s'agissait donc de créer par des ententes une stabilité théoriquement génératrice de profits et de salaires plus élevés. Il était inconsidérément espéré de ces cartels qu'ils permettent de financer l'amorçage de la reprise...

La logique de la politique suivie était indubitablement celle des *cartels de crise*. La présence de surcapacités risque, dans cet esprit, de susciter une concurrence destructrice. Cependant, l'effet de cette politique sur l'économie américaine s'avéra diamétralement opposé aux espérances de l'administration démocrate, comme le relevait significativement Christine Varney, la nouvelle Assistant Attorney General nommée à la tête de la division Antitrust du Département américain à la Justice au printemps 2009⁴.

⁴ "What was the result of these industrial codes? Competition was relegated to the sidelines, as the welfare of firms took priority over the welfare of consumers. It is not surprising that the industrial codes resulted in restricted output, higher prices, and reduced consumer purchasing power"

Cette mise entre parenthèse de la politique Antitrust américaine expliqua en partie l'absence de réelle reprise de l'économie américaine lors de la première présidence Roosevelt⁵. Ses effets négatifs du NIRA ne furent contrecarrés que par des arrêts successifs de la Cour Suprême en 1935 et par la promulgation du Robinson-Patman Act en 1936. Cette inflexion se concrétisa bien vite en termes d'application des lois Antitrust. Si entre 1934 et 1936, le Département à la Justice ne lança que 15 procédures, pas moins de 48 affaires furent présentées devant les tribunaux entre 1937 et 1939. La conclusion de cet épisode fut tirée par le Président Roosevelt lui-même à la fin des années trente : « *The American economy has become a concealed cartel system [...] The disappearance of price competition is one of the primary causes of present difficulties*⁶ ».

Ainsi, selon Christine Varney, il est possible de tirer deux leçons de la crise de 1929 en matière de politiques de concurrence. La première est qu'il n'existe pas de substitut à la concurrence, et ce, en premier lieu, en période de crise économique. La seconde leçon est qu'une mise en œuvre déterminée du droit de la concurrence joue un rôle déterminant dans les plans de relance économique face à la crise.

Il convient, dans cette logique, de rejeter l'argument selon lequel le degré d'incertitude économique qui prévaut en temps de crise économique justifie une tolérance vis-à-vis des accords de partage des marchés et de maintien des prix à des tarifs artificiellement élevés⁷. De la même façon, il convient de relever le fait que le dommage infligé à la concurrence par un cartel est d'autant plus élevé que la conjoncture économique est défavorable.

Varney C., (2009), « Vigorous Antitrust Enforcement in this Challenging Era », Remarks as prepared for the United States Chamber of Commerce, May.

⁵ Taylor J., (2002), "The Output Effects of Government Sponsored Cartels during the New Deal", *Journal of Industrial Economics*, vol. 50(1), pp.1-10.

⁶ Cité par :

Hawley E., (1966), *The New Deal and the Problem of Monopoly: A Study in Economic Ambivalence*, Princeton University Press, New Jersey.

⁷ Laisser bénéficier les firmes de rentes durant la période de crise leur permettrait selon la logique des cartels de crise de financer leur adaptation avant que le jeu normal de la concurrence soit rétabli... Cependant, une telle approche ne permet en rien de dirimer entre les firmes saines et les firmes intrinsèquement inefficaces. Elle ne donne d'ailleurs que peu d'incitations aux secondes citées d'engager les investissements nécessaires pour leur adaptation. *In fine*, le coût de la crise est reporté sur les consommateurs...

Amelio A. and Siotis G., (2009), "Applying EU Competition Rules during Testing Times: Some Issues", *Concurrences*, n° 2-2009, pp.3-8.

Un exemple particulièrement significatif des risques liés au maintien artificiel en vie d'établissement bancaires non viables peut être apporté par le cas du Japon dans les années quatre-vingt-dix.

Sur ce point, se reporter à :

Caballero R., Hoshi T. and Kashyap A., (2008), "Zombie Lending and Depressed restructuring in Japan", *American Economic Review*, vol. 98(5), pp. 1943-1977.

Il s'agit, dans le cadre de cette contribution d'analyser la réponse apportée à la crise par les autorités de la concurrence européennes. Nous montrons comment la Commission a concilié un assouplissement relatif de sa politique de concurrence (pour tenir compte des circonstances exceptionnelles liées à la crise) sans pour autant abandonner l'objectif d'une concurrence non faussée, fondement indispensable à une éventuelle reprise durable⁸. Nous nous penchons particulièrement sur le cas de l'encadrement des aides publiques. Il apparaît qu'à compter d'octobre 2008, la Commission a considérablement assoupli leurs conditions d'encadrement pour soutenir la stabilité financière tout en garantissant une sécurité juridique pour les initiatives prises par les Etats membres. Cependant, un tel assouplissement s'est fait dans le cadre de règles permettant de préserver les acquis du marché intérieur et donc de prévenir le risque de surenchères collectivement préjudiciables. En outre, dès février 2009, une nouvelle inflexion fut observable. Les changements observés dans l'attitude de la Commission vis-à-vis des projets d'aides et la sévérité croissante des mesures correctives requises témoignent de la remontée en puissance de l'impératif concurrentiel.

Il s'agit donc, au travers du cas de l'encadrement des aides publiques et des autres domaines du droit de la concurrence (répression des pratiques anticoncurrentielles et contrôle préalable des concentrations) de montrer comment la Commission a fait face aux circonstances exceptionnelles induites par la crise. Il s'agit également d'apprécier les effets de sa stratégie en mettant notamment l'accent sur les risques propres aux décisions concurrentielles en période de crise économique. Notre propos est donc d'analyser – en situation – la position adoptée par la Commission tant au travers de ses communications que de sa pratique décisionnelle pour évaluer si l'équilibre nécessaire entre maintien des principes du droit de la concurrence et adaptation aux circonstances exceptionnelles liées à la crise majeure qu'a traversé notre économie a été maintenu⁹.

Pour ce faire, nous analysons dans une première partie (I), les éléments allant dans le sens d'un assouplissement de l'application des règles de concurrence. Nous considérons successivement, le cas des aides publiques rendues indispensables par la crise (I-1) et ceux des autres volets du droit de la concurrence, à savoir le contrôle des concentrations et la

⁸ « *Relaxing the rules has not been an option, but we have tried to minimise the human cost through the adoption of temporary rules taking into account the specific problems of access to finance in the current crisis* »

Kroes N., (2009), « Competition Law in an Economic Crisis », *Annual Competition Conference of the International Bar Association*, Fiesole, September.

⁹ Pour David Spector, « *The European Commission can be commended for treading a fine line between the rigorous enforcement of the relevant provisions of the Treaty and the need for flexibility and a speedy treatment of the most urgent cases* ».

Spector D., (2009), « Competition Policy in Times of Crisis – Introduction », *Concurrences*, n° 2-2009, pp.1-2.

répression des pratiques anticoncurrentielles (I-2). Nous étudions dans une seconde partie (II.) la démarche suivie par la Commission pour maintenir, au plus fort de la crise, les principes sous-jacents aux règles de concurrence et orchestrer leur remontée en puissance dès le spectre d'un effondrement systémique passé. Nous envisageons alors dans cette optique, les inflexions imprimées dans l'encadrement des aides fournies au secteur financier à compter de février 2009 (II.1), avant de nous attacher à la pratique décisionnelle de la Commission pour les autres secteurs de la politique de la concurrence depuis le début de la crise (II.2).

Il s'agit donc d'analyser les termes de la conciliation entre réponses à la crise et préservation de l'acquis concurrentiel européen¹⁰. La préservation des principes fondamentaux des politiques de concurrence est d'autant plus déterminante que la Commission conçoit comme des vecteurs privilégiés de sortie de crise et de retour à une croissance durable, dans le cadre de son programme *Europe 2020*¹¹.

I – Crise et assouplissement des politiques de concurrence

L'analyse des conséquences de la crise sur la mise en œuvre des politiques de concurrence porte, dans un premier temps, sur les aides publiques versées aux établissements bancaires (I-1), avant de concerner, dans un second temps, les aides au secteur réel ainsi que les autres volets des politiques de concurrence (I-2).

I-1 Le cas des aides publiques aux établissements bancaires

L'encadrement des aides au secteur financier : un essai de périodisation

La crise financière, dont les premiers signes avant-coureurs remontaient au début de l'année 2006 (avec la montée du taux de défaut sur le comportement des crédits hypothécaires de type *subprime*), commença à produire des effets sensibles dès l'été 2007 avec l'effondrement de la banque britannique Northern Rock¹². L'aggravation de la situation des marchés financiers tout au long du premier semestre 2008 aux Etats-Unis¹³ déboucha sur la spectaculaire faillite de Lehman-Brothers. La décision prise par l'administration américaine de ne pas secourir la banque accrut spectaculairement les tensions sur les marchés financiers. Dans les semaines

¹⁰ "Let me say it clearly today – there is no trade-off between competition policy and financial stability".

Kroes N., (2009), *op.cit.*

¹¹ Commission européenne, (2010), *Europe 2020. Une stratégie de croissance intelligente, durable et inclusive*, Bruxelles, COM(2010)2020, 3 mars, 40p.

¹² Turner A., (2009), *The Turner Review: A Regulatory Response to the Global Banking Crisis*, UK Financial Services Authority, March.

¹³ Marty F., (2008), « Les conséquences de la crise des *subprimes* pour les collectivités locales américaines », *Revue Bancaire et Financière*, 2008/4-5, juin, pp. 315-324.

qui suivirent l'ensemble du système bancaire islandais s'effondra et des opérateurs puissants du marché européen comme RBS, HBOS et Fortis furent menacés de ne pas pouvoir faire face à leurs engagements.

La crise se traduisit par un ensemble de mouvements prenant en tenaille les établissements de crédits. D'une part, la généralisation de la défiance sur les marchés financiers provoqua un spectaculaire assèchement du marché interbancaire, exposant des banques très dépendantes de ce dernier à un risque de liquidité. D'autre part, l'effondrement des prix des actifs financiers exposa les banques au risque de ne plus pouvoir satisfaire aux exigences posées par leurs ratios prudentiels. Au risque de liquidité vint donc s'ajouter un risque de solvabilité. Les banques, prises en étau, risquaient la faillite en devant céder très rapidement sur des marchés des plus *baissiers* leurs actifs pour résoudre leurs problèmes de solvabilité. Ces difficultés les conduisaient en outre à restreindre le volume des crédits accordés pour les ajuster à la valeur de marché de leurs actifs financiers en portefeuille, renforçant ainsi le phénomène de *credit crunch*¹⁴.

Les risques d'effondrement systémique qui en résultèrent imposèrent aux états une intervention prenant des proportions inédites. Les soutiens publics au secteur financier portèrent donc tant sur les problèmes de liquidité que de solvabilité. Les aides des gouvernements aux établissements bancaires répondirent non seulement aux risques d'effondrement systémique du système financier mais aussi à l'assèchement du marché du crédit pour les firmes de l'*économie dite réelle*. Les Etats membres, placés dans l'obligation de soutenir leurs établissements de crédits pour prévenir l'effondrement du système bancaire, s'engagèrent massivement dans des mesures de soutien non coordonnées et potentiellement porteuses de risques de distorsions de concurrence majeures¹⁵.

Ces risques de course à la subvention furent partiellement contrecarrés par une série de lignes directrices et de communications de la Commission¹⁶. Il s'agissait donc d'éviter un abandon de l'encadrement des aides en mettant en place en place des cadres provisoires permettant de

¹⁴ En d'autres termes, le jeu cumulatif entre la valorisation de certains actifs financiers à leur valeur de marché et les règles prudentielles – ratios de solvabilité de type Bâle II –, fondées des ratios entre valeur des actifs et encours des crédits, avait pour effet de renforcer la crise de liquidités sur le marché.

¹⁵ Relevons qu'après l'acceptation par la Commission des aides britanniques à Northern Rock, des banques danoises portèrent plainte auprès de la Commission en arguant que la nationalisation de fait de la banque lui donnait un avantage concurrentiel indu en termes notamment d'accès au marché du refinancement interbancaire. De la même façon AIG, après son sauvetage par le gouvernement américain, aurait mis en œuvre une politique commerciale des plus agressives envers ses concurrents.

Jenny F., (2009), *op. cit.*

¹⁶ Laquelle, rappelons-le, est la seule organisation régionale au niveau mondial en mesure de contrôler les aides accordées par les Etats qui la composent.

concilier les nécessités du moment avec la prévention des risques majeurs pour la concurrence¹⁷. Un tel encadrement était d'autant plus nécessaire que les aides accordés attinrent des niveaux jusqu'alors inconnu dans l'histoire économique.

En effet, entre octobre 2008 et le 31 mars 2010, la Commission a adopté 161 décisions relatives au secteur bancaire sur la base de l'article 87-3(b) (actuel article 107). 83 décisions ont porté sur des régimes d'aides publiques, 78 sur des établissements précis (40 au total). Les montants autorisés (et surtout engagés) témoignent de l'importance des aides publiques et partant de la significativité des risques concurrentiels (et budgétaires...) induits. Le tableau de bord des aides publiques établi au printemps 2010 révèle que le montant maximal des aides autorisées par la Commission pour le seul secteur bancaire a dépassé les 4 000 milliards d'euros...

Source Tableau de bord des aides publiques Commission européenne – 27 mai 2010	Montant (Mds €)	% du PIB
<u>Régimes d'aides autorisés par la Commission</u>	3181	25%
- Sous forme de garanties	2 747	22%
- Sous forme de recapitalisation	338,2	2,7%
- Sous forme de sauvetages d'actifs	54	0,4%
- Sous forme d'injection de liquidités	41,9	0,3%
<u>Interventions ponctuelles en faveur d'institutions financières spécifiques</u>	950,1	7,6%
Total	4 131,1	

Entre octobre 2008 et août 2009, la Commission adopta pas moins de quatre communications pour fournir le cadre de son analyse des aides publiques au secteur bancaire. Il s'agissait de prévenir le risque d'effondrement systémique tout en garantissant une sécurité juridique aux Etats et aux banques récipiendaires. Comme le note la Commission, « la principale raison d'être de ces orientations était de veiller à ce que les mesures d'urgences adoptées pour des raisons de stabilité financière maintiennent une égalité de traitement entre les institutions

¹⁷ Winckler A. and Laprévote F.-C., (2009), "When the Watchman must Take the Wheel – State Aid Control of Financial Institutions and other Political Imperatives during the Economic Crisis", *Concurrences*, n° 2-2009.

financières bénéficiant d'une aide publique et les autres, ainsi qu'entre les institutions établies dans des Etats membres différents¹⁸ ».

Le premier acte fut le plan de sauvetage des banques du 13 octobre 2008¹⁹. Le deuxième acte fut constitué par la « Communication sur la recapitalisation » du 5 décembre 2008²⁰. Dans une phase ultérieure, l'effort de la Commission porta sur la question des actifs dépréciés. La Communication du 25 février 2009 insista sur les obligations de transparence, sur les méthodes d'évaluation et sur une répartition équilibrée des charges entre les banques concernées et les Etats²¹. Une dernière étape fut marquée par la Communication du 14 août 2009 sur le retour à la viabilité des banques et sur l'appréciation des mesures de restructurations prises dans le secteur financier²².

Ainsi, plusieurs phases dans l'attitude de la Commission vis-à-vis des aides en faveur des établissements financiers peuvent être distinguées. Avant octobre 2008, la Commission appliqua le cadre général des aides à la restructuration. Les aides notifiées par les Etats membres étaient alors examinées selon l'article 87-3(b) du Traité et des lignes directrices relatives aux restructurations de 2004. La défaillance de Lehman Brothers et les risques pesant sur des acteurs importants du marché comme Dexia, Fortis, Hypo Real Estate et Bradford & Bingley conduisirent néanmoins la Commission à modifier radicalement son approche²³. Ainsi, durant la période courant entre octobre 2008 et février 2009, la Commission mit l'accent sur la stabilité du système financier, au risque de devoir accepter des aménagements vis-à-vis de la *doxa concurrentielle*. La Commission appliqua en effet dès lors l'article 87-3(c)²⁴. Il s'agissait de permettre des soutiens publics plus rapides dans des

¹⁸ Commission européenne, (2010), *Tableau de bord des aides d'Etat – Rapport sur les développements récents concernant les aides consenties au secteur financier dans le contexte de la crise – mise à jour du printemps 2010*, COM(2010)/0255 Final, Bruxelles, 27 mai.

¹⁹ Commission européenne, (2008), *Communication sur l'application des aides en matière d'aides d'Etat aux mesures prises en rapport avec les institutions financières dans le contexte de la crise financière mondiale*, JOCE 270 du 25 octobre, p.8.

²⁰ Commission européenne, (2009), *Communication sur la recapitalisation des établissements financiers dans le contexte de crise financière actuelle : limitation de l'aide au minimum nécessaire et garde-fous contre les distorsions indues de concurrence*, JOCE C10 du 15 janvier, p.2.

²¹ Commission européenne, (2009), *Communication concernant le traitement des actifs dépréciés dans le secteur bancaire de la Communauté*, JOCE C72 du 26 mars, p.1.

²² Commission européenne, (2009), *Communication sur le retour à la viabilité et l'appréciation des mesures de restructuration prises dans le secteur financier dans le contexte de la crise actuelle, conformément aux règles relatives aux aides d'Etat*, JOCE C195 du 19 août, p.9.

²³ Commission européenne, (2010), *Rapport de la Commission sur la politique de concurrence 2009*, SEC(2010)666, COM(2010)282 Final, 3 juin, 43p.

²⁴ L'article 87-3(c) du Traité permet à la Commission à autoriser, sous certaines conditions, des aides en faveur de compagnies en difficultés. Les conditions en questions avaient été définies notamment par une communication de 2004.

conditions tenant compte des circonstances exceptionnelles. Or, dès février 2009, la Commission renforça ses exigences en matière de plans de restructuration, contreparties aux aides. En juillet 2009, la Commission appliqua de nouvelles lignes directrices relatives aux restructurations plus exigeantes en termes notamment de mesures correctives. Dès lors la logique n'était plus seulement celle d'une canalisation des mesures nationales de sauvetage mais répondit également des objectifs de politique industrielle au niveau européen.

La communication de février 2009 constitue donc un second point d'inflexion. La Commission, une fois les risques systémiques liés à la situation du secteur bancaire maîtrisés, a progressivement renforcé ses exigences de façon à limiter les risques de distorsion et faire de l'encadrement des aides publiques au secteur bancaire un vecteur de politique industrielle. Nous aborderons cette question dans notre seconde partie. Nous nous attachons dans cette première partie à l'analyse de la première inflexion dans la pratique décisionnelle de la Commission. Celle-ci vit au mois d'octobre 2008, la Commission européenne infléchir significativement son approche des aides publiques aux établissements financiers, en abandonnant son approche traditionnelle, fondée sur l'application de l'article 87-3(c) du Traité.

L'inflexion d'octobre 2008 : des assouplissements indispensables face à un risque systémique

En effet, dans une première phase de la crise, la Commission appliqua la jurisprudence traditionnelle, notamment formée à l'occasion du dossier Crédit Lyonnais dans les années quatre-vingt-dix²⁵. La Commission rejeta effectivement les demandes d'examen des aides destinées à Northern Rock²⁶, Sachsen LB²⁷ et IKB²⁸ sur la base de l'article 87-3(b). Avant octobre 2008, elle ne considérait pas que les aides notifiées par les Etats membres visaient à remédier à des perturbations majeures de l'économie d'un des Etats membres mais provenaient principalement de difficultés propres aux banques considérées.

Dans ce cadre, la Commission procède à une analyse en trois temps. Il s'agit tout d'abord de se prononcer sur la pertinence même de l'aide proposée. L'aide doit être de nature à répondre

Commission européenne, (2004), *Guidelines on State Aids for Rescuing and Restructuring Firms in Difficulty*, JOCE, C244, 1^{er} octobre, p.2.

²⁵ Que cela soit dans les décisions Crédit Lyonnais (C-98/490) ou GAN (C-98/204) de 1998, la Commission avait rappelé que l'application de l'article 87-3(c) ne pouvait se faire dans le cas de difficultés individuelles. Il n'en demeure pas moins que la Commission n'avait pas fermé la porte à une application de cet article si la défaillance d'une banque était susceptible de produire des effets systémiques susceptibles de causer de sérieuses perturbations dans l'économie d'un pays membre.

²⁶ Commission européenne, 2 avril 2008, cas C-14/2008.

²⁷ Commission européenne, 4 juin 2008, cas C-9/2008.

²⁸ Commission européenne, 21 octobre, cas C-10/2008.

aux difficultés effectivement rencontrées par l'établissement financier concernée²⁹. Il convient ensuite de se prononcer sur la nécessité de l'aide. Elle doit être limitée au nécessaire et réduire, autant que faire ce peut, les distorsions de concurrence. La Commission doit alors s'attacher à un ensemble de paramètres tels la durée du soutien public, le niveau de la contribution propre de l'entité aidée et le montant de la rémunération offerte aux fonds publics investis. La Commission, enfin, pour garantir la proportionnalité de l'aide, peut exiger un certain nombre de mesures correctives pour compenser le dommage concurrentiel induit. Ces mesures peuvent tenir à des engagements comportementaux, à des cessions d'actifs ou à des contraintes pesant sur la rémunération des actionnaires ou des managers.

Il est espéré que de telles aides à la restructuration permettent à l'établissement de retourner à un équilibre d'exploitation sans qu'un soutien public ultérieur soit nécessaire. De la même façon, la Commission exige du bénéficiaire d'une aide publique importante un effort propre au moins équivalent au soutien public. Les mesures correctives, quant à elles, doivent conduire l'établissement bancaire aidé à réduire sa présence sur le marché au travers d'engagements structurels (cessions d'actifs) ou comportementaux (restriction de la liberté d'action commerciale, par exemple).

Les premières banques touchées par la crise financière eurent à faire face à de telles exigences. Il en est allé par exemple ainsi pour Northern Rock. Une réduction de bilan de 50% fut requise par le gouvernement britannique. Lorsque la Commission décida en avril 2008 d'investigations approfondies, elle considéra que les mesures correctives imposées par le gouvernement britannique pouvaient être insuffisantes. Il est à relever qu'une telle position fut encore adoptée dans les cas des soutiens apportés à Sachsen LB en juin et à IKB en octobre 2008. Dans ces deux cas, des désinvestissements égaux à 25 et à 47 % du bilan avant crise furent requis. Il n'en demeura pas moins que la Commission fit preuve d'une certaine souplesse dans le traitement de ces affaires. Par exemple, elle accepta dans le cas de Northern Rock, un apport de liquidités par le gouvernement britannique, en moins de huit jours³⁰.

La défaillance de Lehman Brother, le 15 septembre 2008, et la confirmation d'un risque de défaillance systémique conduisirent la Commission à modifier significativement son approche. Les lignes directrices relatives au secteur bancaire, publiées le 13 octobre 2008, matérialisèrent cette inflexion. Il devint dès lors possible de passer du cadre de l'article 87-

²⁹ Par exemple, une aide conduisant à une recapitalisation est effectivement susceptible de répondre à des difficultés d'accès à des liquidités.

³⁰ Winckler A. and Laprévote F.-C., (2009), *op. cit.*

3(c) du Traité à celui, plus accommodant, du 87-3(b). Les soutiens pouvaient dès lors s'inscrire dans une problématique de réponse à une grave perturbation de l'économie. Il s'agit dès lors de garantir la pérennité des bénéficiaires. L'aide doit dans ce cadre être proportionnée à ce qui est nécessaire et doit minimiser les effets distortifs en termes concurrentiels. La communication bancaire établissait en outre une distinction entre banques saines et banques en difficultés selon que l'origine des difficultés rencontrées trouve principalement sa source dans la crise financière ou dans les erreurs de gestion spécifiques à la banque considérée. Cette approche fut confirmée par les orientations de la Commission sur la rémunération des mesures publiques de recapitalisation, publiées le 5 décembre 2008. Les banques *fondamentalement saines* se virent appliquer des taux plus favorables. Ainsi, au global à partir de l'automne 2008, l'objectif principal de l'encadrement des aides publiques aux établissements financiers n'était plus de prévenir les distorsions de concurrence mais de garantir la viabilité du système bancaire européen. Le cas de la décision relative à Fortis, le 3 décembre 2008, illustre parfaitement cette stratégie, avec une acceptation en seulement deux mois avec des contreparties minimales en termes de mesures correctives³¹.

Les préoccupations de concurrence passaient au second plan face au risque d'effondrement du système financier. De plus, le contexte de crise rendait peu probables les effets distortifs traditionnels des aides à la restructuration. A ce titre, les exigences de mesures correctives devenaient moins pertinentes – et moins réalisables – que dans le cadre de conditions de marchés *normales*³². Les communications sur les banques et sur la recapitalisation visèrent donc à répondre à l'urgence en fournissant un cadre général au sauvetage des banques par les Etats membres, permettant aux établissements financiers de continuer à jouer leur rôle vis-à-vis de l'économie réelle tout en prévenant des distorsions de concurrence majeures et en sécurisant juridiquement les plans de secours nationaux. Les aides publiques se sont donc principalement traduites dans une première phase par des garanties publiques³³, par

³¹ Commission européenne, 3 décembre 2008, cas NN-42/2008.

³² "Aid to bank in the financial crisis is unambiguously beneficial even without any compensatory measures". Ahlborn C. and Piccinin D., (2009), "The Application of the Principles of Restructuring Aid to Banks during the Financial Crisis", <http://ssrn.com/abstract=1476298>

³³ Il est à relever que le taux moyens constatés d'utilisation des garanties – que celles-ci soient passés par des régimes généraux ou des dispositifs d'aides individuelles – s'est établi à 32 %, soit 993,6 Mds € (pour un volume total de garanties autorisées de 3150 Mds). Ce taux moyens cache de très fortes disparités nationales, avec par exemple un taux de 51 % au Luxembourg et de 13 % en Belgique. Le faible taux d'utilisation des mesures de garanties ne doit pas conduire à une conclusion erronée. La garantie définie dans le cadre d'un régime général fait office de plafond. Dans le cadre d'une mesure individuelle, la garantie prévue est ajustée aux besoins de la banque. En ce qui concerne les mesures de recapitalisation, un même phénomène est observable. Sur 503,1 Mds € autorisés, 241,6 ont effectivement été mobilisés, soit 48%. Ce taux varie en fait de 27 % pour les régimes d'aides à 90 % pour les aides ponctuelles. Relevons cependant que ces 241,6 Mds € représentent quelque 2% du PIB de l'UE-27.

l'intermédiaire de régimes généraux ou d'aides individuelles³⁴ – pour faire face à la crise de liquidités – et par des recapitalisations – pour faire face à la crise de solvabilité.

I – 2 Politiques de concurrence et économie réelle: quelles conséquences de la crise ?

Il s'agit dans le cadre de cette section d'analyser la réponse des politiques de concurrence européenne à la crise financière non plus seulement en ce qui concerne l'encadrement des aides publiques aux établissements de crédit mais aussi quant au contrôle des aides en faveur de l'économie réelle et quant à la mise en œuvre des autres volets de la politique de concurrence. Notre propos est dans ce cadre volontaire centré sur les risques et difficultés liés à la mise en œuvre du droit de la concurrence dans de telles conditions. Il s'agit de mettre en évidence les assouplissements qui peuvent être rendus nécessaires par la crise et d'évaluer dans quelle mesure la pratique de la Commission a répondu à ces exigences.

Le cas des aides publiques au secteur réel

Les aides n'ont bien entendu pas été cantonnées au seul secteur bancaire. L'assèchement du marché du crédit, dans une première phase, et la crise économique, dans une seconde, ont significativement affecté les entreprises du secteur *réel*. Les entreprises risquaient en effet de faire les frais de l'ajustement du volume des crédits accordés par les banques à la valeur de marché de leurs actifs financiers (effet de levier inversé ou *deleveraging*). Des aides publiques visant à garantir l'accès des firmes au crédit s'imposaient donc³⁵. La Commission a alors mis en place un cadre temporaire en matière d'encadrement des aides publiques dès le 17 décembre 2008, qui fit l'objet d'une première modification le 25 février 2009³⁶. Ce cadre temporaire met principalement l'accent sur l'accès des entreprises aux financements. Les

³⁴ Les garanties ponctuelles autorisées par la Commission se sont élevées pour l'ensemble de l'UE-27 à 402,8 milliards d'euros dont 240,8 milliards pour la seule Belgique. Les mesures françaises, allemandes et britanniques s'établissant entre 54,8 et 47,8 milliards.

³⁵ Il convient cependant de noter que dans ce second cas, la disparition d'une entreprise n'a pas potentiellement les mêmes effets systémiques que celle d'un établissement bancaire. La sortie du marché d'un compétiteur peu efficace peut même – dans une approche dynamique – être conçue comme favorable dans la mesure où elle permet d'accélérer le redressement des firmes les plus efficaces. Cependant, l'assèchement du marché du crédit constitue une défaillance de marché pouvant mettre en cause la pérennité de certaines entreprises et justifiant par là même une intervention étatique. Il n'en demeure pas moins que les pouvoirs publics peuvent être tentés de maintenir artificiellement des entreprises qui sont devenues irrémédiablement non viables. Dans un tel cas, non seulement les ajustements des structures productives sont retardés mais de mauvaises incitations sont données aux managers.

Jenny F., (2009), *op. cit.*

³⁶ Commission européenne, (2009), *Communication modifiant le cadre temporaire pour les aides d'Etat destinées à favoriser l'accès au financement dans le contexte de crise financière et économique actuelle*. Le cadre a ensuite fait l'objet de nouvelles modifications en octobre et en décembre 2009.

Etats membres sont autorisés à fournir des garanties³⁷ ou à financer des bonifications d'intérêts³⁸. Parallèlement, les investissements des firmes sont encouragés, qu'il s'agisse des investissements dans les secteurs d'avenir (produits verts, ...) ou d'assouplissements en matière de capital-investissement au profit des PME et en matière d'assurance-crédit à l'exportation. Enfin, les Etats peuvent verser une aide forfaitaire individuelle aux entreprises plafonnée à 500 000 €.

Ces instruments furent massivement utilisés par les Etats membres. Au 31 décembre 2009, la Commission avait autorisé quelques 79 mesures d'Aides dans 25 Etats membres³⁹. Ces aides ont notamment été massives dans le secteur automobile avec, par exemple, des prêts subventionnés à hauteur de 3 Mds€ en France en faveur de Renault et de PSA, une garantie suédoise à un prêt de la BEI à Volvo Cars et une aide allemande de 1,5 Md€ à Opel.

Si les aides accordées tant au secteur bancaire qu'aux firmes de l'économie réelle produisirent sans aucun doute des gains économiques bien supérieurs aux coûts concurrentiels, en prévenant une défaillance systémique – et en évitant des tentations centrifuges de courses à la subvention et de *nationalisme économique* -, il n'en demeure pas moins que les différents assouplissements mis en place par la Commission posent quelques problèmes en termes concurrentiels. Ne risque-t-on pas d'observer des distorsions de concurrence ? Ne risque-t-on pas d'entraver la reprise en maintenant, selon l'expression forgée pour les banques japonaises des années quatre-vingt-dix, des zombies sur le marché ? Ne retarde-t-on pas les nécessaires ajustements des structures productives ? Au-delà même du seul volet des aides publiques, ne risque-t-on pas d'assister donc pas du fait de la crise à un affaiblissement possible des politiques de concurrence européennes ?

³⁷ La garantie pouvait porter jusqu'à 90% du montant total des prêts contractés.

³⁸ Le taux appliqué par les banques au plus fort de la crise financière intégrait une prime de risque excessive qui ne reflétait pas les conditions en vigueur sur le marché interbancaire. La Commission autorisa donc les Etats à bonifier les taux appliqués aux entreprises de façon à ramener ceux-ci à un niveau *d'avant crise*. Le taux supporté par les entreprises doit être alors au coût de la dette souveraine à laquelle sont ajoutés les *spreads* constatés avant crise et une prime de risque spécifique à la firme, toujours calculée à partir des conditions en vigueur avant la crise financière.

³⁹ Le Tableau de bord édité par la Commission en mai 2010 indique que sur 79 aides, 18 ont porté sur des garanties, 11 sur des crédits d'exportation, 9 sur des prêts à taux bonifiés, 6 sur des mesures de capital investissement, 5 sur des prêts à taux bonifiés pour des produits verts et pas moins de 30 pour des aides individuelles plafonnées à 500 000 €.

Quel impact de la crise sur le contrôle des concentrations et sur la répression des pratiques anticoncurrentielles?

Un affaiblissement des politiques de concurrence du fait de la crise aurait pu induire le risque d'affecter les incitations qui s'exercent sur les firmes et donc à terme leur compétitivité, élément essentiel pour une éventuelle reprise durable et significative. La nouvelle donne liée à la crise pouvait affaiblir les politiques de concurrence par plusieurs canaux.

Une première dimension tient au contrôle des concentrations. Dans une optique de sauvetage en urgence de certaines firmes, la Commission dut instruire et accepter dans des délais particulièrement brefs des projets de concentration. Il était possible dès lors, de craindre un affaiblissement des procédures de contrôle préalable des concentrations du fait de l'urgence (*week-end mergers*). Les difficultés étaient d'autant plus importantes que la crise renforce les incitations à la concentration pour les établissements⁴⁰. Il est alors à craindre que la crise se traduise par une réduction de l'intensité de la concurrence, notamment dans le secteur bancaire.

Un deuxième problème tient aux difficultés de mise en œuvre des mesures correctives d'ordre structurel. Celles-ci tiennent une place centrale en matière de contrôle des concentrations, dès lors qu'un projet est accepté sous conditions. Elles occupent également une place croissante en matière de sanction des pratiques anticoncurrentielles, que cela passe par l'article 7 ou par l'article 9 du règlement n° 1/2003. Trouver un repreneur dans des délais raisonnables et pour un prix équitable pour certains actifs dans une période très troublée sur les marchés peut poser quelques difficultés pour les entreprises. En effet, le niveau des cours des actifs ou le prix auquel pourrait se faire une transaction se situe bien en-deçà des niveaux avant crise. Ainsi, un risque de sanction additionnelle peut-il se faire jour. Le coût d'un *remède* structurel donné en période de crise peut significativement excéder le niveau qui aurait été le sien quelques mois auparavant. Accorder des délais additionnels pour réaliser les sessions peut s'avérer une solution équitable mais pose également quelques difficultés. D'une part, la mesure corrective ne produit ses effets que d'autant plus tardivement. D'autre part, un problème d'aléa moral peut se poser. L'entreprise qui doit céder un actif ou une branche d'activité à moyen terme voit ses incitations réduites en termes d'investissements ou de développement. Il peut être de

⁴⁰ Relevons qu'*a contrario* les concentrations dans le secteur bancaire ont été vues comme une des réponses à la crise aux Etats-Unis.

son intérêt de dégrader la valeur des actifs concernés de façon à ce qu'ils soient le moins utiles possibles à ses futurs acquéreurs, qui sont ou seront ses concurrents⁴¹.

Troisième aspect, la crise peut réduire la capacité des firmes sanctionnées pour pratiques concurrentielles à s'acquitter de leurs amendes, les exposant ainsi à un risque de faillite. Il convient cependant de nuancer ce risque dans la mesure où il existe un dispositif spécifique pour les firmes se trouvant dans l'*incapacité de payer* leurs amendes. Il est d'ailleurs à noter que dans l'affaire des stabilisants thermiques la Commission a accepté une telle requête. L'amende a été ce faisant considérablement réduite⁴².

Le dernier ensemble de difficultés lié à la crise tient en l'augmentation des risques et des conséquences des éventuelles erreurs que pourrait commettre l'autorité en charge de la mise en œuvre du droit de la concurrence dans ses décisions⁴³. Par exemple, un rejet de demandes conservatoires risque d'avoir des conséquences définitives sur le marché. En effet, la crise compromet les capacités de résistance d'une firme exposée à une stratégie d'éviction anticoncurrentielle. Symétriquement, la crise risque de susciter des stratégies de recours abusif aux juridictions concurrentielles de la part d'entreprises en difficultés⁴⁴. Or, l'analyse des effets des stratégies des firmes sur le marché – notamment dans le cas de procédures d'urgence – est particulièrement difficile dans des conditions de marché turbulentes et inédites. Ainsi la Commission – à l'instar des autorités nationales – fait face à des risques de 1^{ère} et de 2^{nde} espèces (respectivement condamner à tort une firme ou l'innocenter à tort) particulièrement élevés en période de crise. Pis, les coûts d'une mauvaise décision en termes de bien-être sont d'autant plus élevés dans ce contexte.

II - De la nécessité des politiques de concurrence en période de crise économique ?

Face aux nécessaires ajustements et aux difficultés additionnelles induites par la crise, il s'agit d'étudier dans notre seconde partie la pratique décisionnelle de la Commission. Nous nous attacherons à celle-ci tant en matière d'encadrement des aides publiques (II-1), que de mise en

⁴¹ Lévêque F., (2006), « Quelle efficacité des remèdes du contrôle européen des concentrations ? », *Concurrences*, n°1-2006, pp.27-31.

⁴² Il convient de prendre garde de distinguer ce cas d'une quelconque tolérance pour les cartels en période de crise ou de le rapprocher de façon indue de l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 19 janvier 2010 qui a réformé la décision n°08-D-32 du Conseil de la Concurrence relative à des pratiques de cartels dans le négoce de produits sidérurgiques. La réduction de la sanction pécuniaire imposée (quelque 80 %) est principalement liée à des différences entre le Conseil et la Cour quant aux modalités de calcul de la sanction. Il n'en demeure pas moins que certaines analyses de la Cour d'Appel de Paris ne vont pas sans faire écho à une thématique de *cartel de crise*.

⁴³ Easterbrook F., (1984), "The Limits of Antitrust", *Texas Law Review*, 63(1), pp. 1-40.

⁴⁴ Baumol W. and Ordover J., (1985), "Use of antitrust to subvert competition", *Journal of Law and Economics*, n° 28, p.247.

œuvre des autres volets du droit de la concurrence (II-2), afin d'évaluer les termes de la conciliation réalisée entre les nécessaires ajustements aux circonstances et l'indispensable limitation des distorsions concurrentielles.

II- 1 Le cas des aides publiques au secteur bancaire : de la nécessité et difficulté de limiter les distorsions de concurrence

Il s'agit d'envisager successivement la seconde inflexion imprimée par la Commission en matière d'encadrement des aides publiques au secteur bancaire en février 2009 et les modalités d'évaluation par cette dernière des effets des programmes d'aide sur l'économie, d'une part, et de l'adéquation des éventuelles mesures correctives exigées, d'autre part.

L'inflexion de février 2009 : un retour progressif à la normale ?

Se poser la question de la nécessité de maintenir coûte que coûte les principes fondamentaux des règles de concurrence peut sembler quelque peu paradoxal au vu des controverses qui ont entouré la crise financière. Un tel paradoxe est encore plus marqué lorsqu'il s'agit du secteur bancaire et financier. En effet, la concurrence – souvent assimilée à la déréglementation - est décriée comme l'une des sources des errements du système financier. Celle-ci aurait produit des incitations à la prise de risques excessifs de la part des managers des établissements bancaires. Or, le cas des aides publiques – accordées sur une base strictement nationale – aux secteurs bancaires illustre particulièrement bien la nécessité d'un strict encadrement concurrentiel au niveau européen. Il s'agissait, d'une part, d'offrir un cadre légal solide à ces interventions, pour prévenir le risque de décisions imposant des remboursements *ex post*. Il convenait, d'autre part, de prévenir les distorsions de concurrence qui pourraient provenir des programmes nationaux de soutien⁴⁵.

Il était indispensable de tenir compte des effets de ces initiatives *décentralisées* sur le marché intérieur. Des aides fournies sans coordination ni encadrement au niveau communautaire pourraient produire des externalités négatives vis-à-vis des autres Etats membres. Il en allait par exemple ainsi de certains plans nationaux. Une garantie publique accordée aux seules banques ressortissantes d'un état donné crée vis-à-vis d'établissements ne bénéficiant pas d'aides comparables une distorsion de concurrence. Les effets externes d'une éventuelle course à la garantie ou à la recapitalisation pouvaient s'avérer susceptibles d'amorcer au niveau européen un jeu non coopératif collectivement sous optimal.

⁴⁵ Jenny F., (2009), « La crise économique et financière, la régulation et la concurrence », *Concurrences*, n° 2-2009.

A l'automne 2008, l'arbitrage réalisé par la Commission entre objectifs de soutien aux établissements bancaires et minimisation des risques de distorsion de concurrence se faisait au profit du premier. A compter du mois de février 2009, les considérations concurrentielles reprirent nettement le dessus⁴⁶. Dans un discours du 19 février 2009, Nelly Kroes considérait que les risques de défaillance systémique étaient maîtrisés⁴⁷. L'objectif de la Commission s'était imperceptiblement déplacé vers des considérations de politique industrielle⁴⁸. Dès lors les exigences de contrepartie en termes de restructuration s'accrurent. Les préoccupations de la Commission se déplacèrent vers les risques d'aléa moral quant à la stratégie future des établissements aidés. Il s'agissait de s'assurer que le soutien public ne favorise pas les stratégies les plus risquées ou n'accorde une prime aux acteurs du marché initialement les moins vertueux.

Les lignes directrices publiées par la Commission le 25 février 2009 sur les actifs dépréciés des établissements bancaires se caractérisèrent le relâchement de la distinction entre banques saines et banques en difficultés. Pour la Commission, les exigences de restructurations devaient dès lors peser sur tout type de récipiendaire⁴⁹. La première marque de cette nouvelle inflexion dans la pratique décisionnelle de la Commission fut la décision de mener une investigation approfondie dans le cas Dexia, le 13 mars 2009⁵⁰. Il ne s'agissait ni plus ni moins que la première analyse de phase II menée dans le secteur bancaire depuis octobre 2008. Le 7 mai 2009, une décision relative à Commerzbank⁵¹ se traduisit par des mesures correctives d'une magnitude équivalente à celles exigées avant octobre 2008. La banque se vit en effet contrainte de réduire son bilan de quelque 45%.

Cette inflexion fut définitivement confirmée avec les lignes directrices du 14 août 2009 relatives aux restructurations bancaires. Dans le cadre de ces dernières, la Commission

⁴⁶ Il est intéressant de relever, qu'en février 2009, sur un cas non directement lié à la crise financière, opposant la Deutsche Post à la Commission, la Cour de Justice a considérablement limité la marge de discrétion de la Commission en matière de contrôle des aides publiques (Deutsche Post AG v Commission, CJCE, 10 février 2009). La Cour a en effet rappelé que la Commission doit ouvrir une procédure formelle dès lors qu'elle fait face à des difficultés en matière d'évaluation des effets de l'aide.

⁴⁷ Kroes N., (2009), *op. cit.*.

⁴⁸ « Il est apparu de plus en plus clairement qu'il fallait s'attaquer aux causes profondes de la crise, c'est-à-dire aux actifs dépréciés des bilans des banques. Dans le cadre des efforts déployés pour résoudre ce problème, les opérations de sauvetage, qui avaient été au cœur des préoccupations durant les premiers mois de la crise, ont cédé le pas aux mesures nécessaires au rétablissement de la viabilité financière de l'entreprise ». Commission européenne, (2010), *op. cit.*

⁴⁹ A compter de cette phase, l'accent fut à nouveau mis sur la capacité des établissements à faire évoluer leur modèle d'entreprise pour garantir leur viabilité à long terme sans soutien public.

⁵⁰ Commission européenne, 13 mars 2009, cas C-9/2009.

⁵¹ Commission européenne, 7 mai 2009, cas N-244/2009. Relevons que des exigences comparables furent appliquées à WestLB (cas C-43/2008).

renforce ses exigences en termes de mesures correctives. L'accent est à nouveau mis sur la capacité des entreprises du secteur bancaire à mettre en œuvre des changements structurels et à proposer des engagements conduisant à réduire sa présence sur le marché ou à renforcer la contestabilité de ce dernier. Les banques doivent démontrer leur capacité à restaurer leur viabilité sans nouvelle aide d'Etat et à prendre en charge une partie des coûts liés à leur restructuration. Le cadre *d'avant crise* revient peu à peu. La Commission insiste sur sa volonté de démanteler progressivement les régimes d'aides publiques afin d'encourager les banques saines à ne plus faire appel au soutien de l'Etat et d'amener les banques en difficultés à revoir leur modèle économique – en d'autres termes à mettre en œuvre des restructurations⁵².

Avant de s'interroger sur les répercussions économiques de cette inflexion, il convient de relever une fois encore l'important volume des soutiens publics accordés dans le cadre défini par ces deux dernières communications. En effet, bien que le volume des aides publiques en matière d'actifs dépréciés et de restructuration s'établisse à un moindre niveau que pour les mesures de garantie et de recapitalisation, les deux procédures ont fait l'objet d'une utilisation significative de la part des Etats membres⁵³. Le régime applicable aux actifs dépréciés couvrait au 31 mars 2010 quelques 376 Mds € d'actifs dans les sept Etats membres qui ont introduits cette mesure⁵⁴. Ces plans représentent actuellement 3% du PIB de l'Union (contre seulement 0,8 % en juillet 2009). Ce chiffre s'explique en fait par l'autorisation d'un nouveau plan en Irlande et par une opération spécifique de restructuration bancaire au Royaume-Uni. A elles seules, ces deux mesures représentent 80 % des actifs dépréciés couverts au sein de l'Union. Pour ce qui est des mesures individuelles de sauvetage des actifs, le volume total s'élevait à 322 Mds €. Sur ces actifs, 77 % concernent le Royaume-Uni et 10 % l'Allemagne. Au final, si les mesures individuelles représentent en moyenne 2,6 % du PIB des six Etats membres ayant choisi cette procédure⁵⁵, elles ne représentent pas moins 14 % du PIB dans le cas britannique. En matière de restructuration, la Commission a examiné quelques 40 cas dans 13 Etats membres différents.

⁵² Il est à noter que selon ses propres termes, « *la Commission n'impose aucune mesure de restructuration spécifique d'emblée* ». Elle est susceptible de proposer « diverses solutions pouvant aller de la restructuration limitée sans cession d'actifs à la liquidation pure et simple des entités non viables. Commission européenne, (2010), *op.cit.*

⁵³ Commission européenne, (2010), *op. cit.*

⁵⁴ À savoir la France, l'Allemagne, l'Irlande, les Pays-Bas, l'Autriche, la Belgique et le Royaume-Uni.

⁵⁵ A savoir la France, l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, les Pays-Bas et le Royaume-Uni.

Quelles évaluations économiques ?

Face à l'évolution de la position de la Commission, il est possible, en suivant Ahlborn et Piccinin⁵⁶, de se poser plusieurs questions. Une première a trait à l'analyse des effets économiques des aides publiques, que cela soit dans le cadre des articles 87-3(c) ou 87-3(b). Comment la Commission apprécie-t-elle l'impact d'une aide sur la concurrence ? De façon complémentaire, comment définir des mesures correctives de nature à minimiser les risques de distorsion ? Celles-ci sont-elles insuffisantes ou ne risquent-elles pas de s'avérer au contraire excessives ?

Il apparaît tout d'abord que l'encadrement des aides publiques vise principalement à éviter – au-delà des questions relatives au bon usage des deniers publics – des phénomènes de course à la subvention, revenant, dans une optique de concurrence fiscale horizontale, à un résultat négatif en termes de bien-être collectif. A ce titre, la logique économique sous-jacente correspond à celle de l'article 81 – actuel 101 TFUE—. Cependant, quand bien même une logique plus économique prévaut depuis 2005 en matière d'analyse des aides publiques⁵⁷, il n'en demeure pas moins que les évaluations réalisées des effets concrets sur le marché, apparaissent encore comme insuffisamment élaborées par rapport aux analyses menées en matière de pratiques anticoncurrentielles⁵⁸. Les critères de formes juridiques jouent un rôle encore prépondérant⁵⁹. *In fine*, le raisonnement de la Commission est le suivant : il est nécessaire que les coûts induits par l'aide en termes de coût pour le contribuable et de distorsions de concurrence soient plus faibles que les gains collectifs, appréciés en termes de bien-être général (correction d'une défaillance de marché ou réalisation des objectifs de l'Union).

En termes concurrentiels, des aides publiques peuvent affecter le bien-être collectif par divers canaux. Premièrement, l'aide peut entraver le processus de marché en maintenant artificiellement des entreprises peu efficaces. Deuxièmement, une mesure d'aide peut sous certaines conditions accroître le pouvoir de marché de la firme bénéficiaire. Celle-ci pourrait, grâce à la distorsion induite par le soutien public dont elle bénéficie, s'engager dans une

⁵⁶ Ahlborn C. and Piccinin D., (2009), *op. cit.*

⁵⁷ Commission européenne, (2005), *State Aid Action Plan – Less and Better Targeted State Aid: A Roadmap for 2005-2009*.

Commission européenne, (2009), « Common Principles for an Economic Assessment of the Compatibility of State Aid under article 87.3 », DG Concurrence, Staff working paper.

⁵⁸ Malavolti-Grimal E. et Marty F., (2010), « Analyse économique des aides versées par les aéroports régionaux aux compagnies *low-cost* », *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, à paraître.

⁵⁹ Il n'en demeure pas moins que le fait de reposer sur des critères formels laisse moins de prise à d'éventuelles pressions politiques.

stratégie de prédation ou du moins de compression des marges de ses concurrents. Troisièmement, une aide publique – voire sa seule anticipation – peut jouer sur les incitations des firmes. D’une part, il s’agit de considérer le problème de l’aléa moral. Une firme peut d’autant plus s’engager dans des stratégies risquées qu’elle table sur un soutien public⁶⁰. D’autre part les aides induisent une distorsion de concurrence au profit de certains opérateurs au détriment de certains de leurs concurrents, éventuellement plus vertueux. Il est alors nécessaire que d’éventuels mesures correctives viennent contrebalancer de tels effets anticoncurrentiels⁶¹.

Cependant, les mesures correctives imposées par la Commission peuvent revenir, à l’instar de ce qui a pu être observé en matière de contrôle des concentrations, à des pratiques d’*overfixing*⁶². En effet, comme le notent Ahlborn et Piccinin⁶³: “*These remedies are required to go beyond those necessary to restore viability and are designed to inflict ‘pain’ on aid recipients, to lessen moral hazard and the distortion of investment incentives as well as to limit the market presence of the recipient to reduce the likelihood and severity of distortions arising from the possibility that the aid enhances the recipient’s market power*”. Saisie d’une mesure individuelle, la Commission pourrait être tentée d’imposer une mesure corrective non pas calibrée pour prévenir le dommage à la concurrence lié à l’aide en question mais pour résoudre des problèmes de concurrence caractérisant ce marché toute chose étant égale par ailleurs. Un *remède* surdimensionné pourrait ainsi provenir d’une volonté de réguler la concurrence dans un secteur donné en se saisissant de l’opportunité constituée par la procédure d’acceptation de l’aide. Il pourrait peut-être plus simplement être lié au fait que la Commission, dans un contexte de forte incertitude, pourrait surestimer les risques d’une mesure donnée pour la concurrence⁶⁴. Un tel *overfixing* peut se traduire par une réduction de l’intensité de la lutte concurrentielle sur le marché, notamment s’il réduit les capacités de

⁶⁰ Non seulement des managers peuvent être tentés d’adopter des stratégies excessivement risquées en prenant en compte des raisonnements de type *too big to fail* ou *too interconnected to fail* mais aussi de l’existence de soutiens publics ou même de la seule anticipation de ces derniers en cas de difficultés.

⁶¹ Notons, suivant Ahlborn et Piccinin, que les mesures correctives imposées par la Commission peuvent revenir, à l’instar de ce qui a pu être observé en matière de contrôle des concentrations, à des pratiques d’*overfixing*. Ahlborn C. and Piccinin D., (2009), *op. cit.*

⁶² Farrell J., (2003), “Negotiation and Merger Remedies: Some Problems”, in Lévêque F. and Shelanski H., eds., *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, Edward Elgar, Cheltenham, U.K., pp.95-105.

⁶³ Ahlborn C. et Piccinin D., (2009), *op. cit.*

⁶⁴ La Commission peut également partir du principe qu’elle ne sera plus en mesure *ex post* d’imposer des mesures correctives plus drastiques s’il apparaissait qu’elle avait initialement sous-estimé les effets anticoncurrentiels de l’aide. Il peut donc être tentant dans cette logique de prévoir une *marge de sécurité*...

l'entreprise concernée. Or, la vigueur et la durabilité d'une éventuelle reprise dépend en grande partie du degré de concurrence sur le marché.

Les aides à la restructuration, examinées dans le cadre de l'article 87-3(c), sont généralement considérées comme les moins favorables en termes de bien-être. Une aide peut être accordée pour des considérations de cohésions sociales ou régionales, de prise en compte des PME ou pour éviter une situation de marché de nature monopolistique ou trop étroitement oligopolistique. Si ces aides ne sont généralement accordées qu'assorties de conditions drastiques, la situation du secteur bancaire doit être distinguée de celles de secteurs tels l'automobile ou la construction navale. En effet, la défaillance d'un acteur peut avoir des conséquences considérables sur l'économie dans son ensemble.

Dès lors que la Commission est revenue au cadre plus traditionnel de l'article 87-3(b) en février 2009, les critères habituels des aides à la restructuration ont été à nouveau appliqués. Comme nous l'avons déjà relevé, les exigences de la Commission en matière d'acceptation des aides tiennent alors en trois points principaux. Tout d'abord, les aides au sauvetage ou à la restructuration doivent répondre à des conditions précises (l'aide à la restructuration ne doit pas seulement viser à combler des pertes mais doit d'intégrer dans un plan d'ensemble). Ensuite, les établissements financiers doivent rémunérer les fonds publics dans les conditions de marché. Enfin, les aides doivent être conditionnées à un ensemble de mesures affectant la structure et la stratégie des établissements (désinvestissements, renoncements à des opérations de croissance externe, engagements comportementaux,...)

La question principale qui se pose dès lors tient à l'évaluation des conséquences sur le marché des programmes d'aides. En effet, à l'inverse des cas traditionnels de restructuration, par exemple dans le secteur automobile, la question ne tient pas au traitement des surcapacités sur le marché mais à l'existence de sous-capacités significatives liées à la crise de liquidité. L'abandon de l'article 87-3(c) induit par la communication de février 2009 permet opportunément de passer d'une analyse reposant sur des catégories juridiques à une analyse fondée sur les effets sur le marché. Celle-ci autorise une évaluation plus fine des impacts anticoncurrentiels des aides. Elle devrait donc permettre d'ajuster au mieux les mesures correctives requises⁶⁵.

⁶⁵ Dans ses lignes directrices relatives aux aides à la restructuration dans le secteur bancaire (§30), la Commission indique que les mesures correctives doivent être « *taylor-made to address the distortions identified on the markets where the beneficiary bank operates* ».

Les risques de distorsions habituellement pris en compte dans ces évaluations doivent être nuancés dans le contexte spécifique de la crise financière. Il en est par exemple ainsi pour l'aléa moral. Un établissement financier peut-il s'engager dans une stratégie d'octroi de crédits inconsidérée durant une période de *credit crunch* ? Il en va de même en matière de risque de renforcement du pouvoir de marché des banques aidées. Remarquons au passage que la distinction introduite entre banques saines et établissements en partie responsables de leurs propres difficultés semble bien difficile à établir dès lors que la crise financière affecte les actifs de chaque établissement et que la défiance se généralise sur les marchés. Exiger des mesures correctives plus significatives pour les secondes peut exposer la Commission à un risque de première espèce (sanctionner de façon induue une firme) d'autant plus dommageable pour l'établissement bancaire que la situation des marchés rend difficile la cession des actifs à un prix proche de leur valeur fondamentale.

Des doutes équivalents peuvent être de mise quant à un éventuel renforcement du pouvoir de marché des récipiendaires de l'aide. A l'inverse du cadre habituel des aides à la restructuration où la question des surcapacités est importante, la situation du marché bancaire dans le contexte d'une crise de liquidité rend difficile la mise en œuvre de telles stratégies. Cependant, l'analyse est moins tranchée en matière de distorsions concurrentielles. Une banque bénéficiaire d'aides publiques peut avoir accès à des liquidités dans des conditions bien plus favorables qu'un établissement « plus vertueux ». Les préoccupations de concurrence de la Commission s'expriment principalement, comme nous l'avons vu, par ses exigences en termes de mesures correctives. Les exigences réaffirmées depuis février 2009 traduisent-elles seulement la volonté de compenser les effets anticoncurrentiels des soutiens publics ou ne visent-elles pas également à porter des objectifs plus larges de *régulation de la concurrence* voire de politique industrielle ?

Les mesures correctives communément imposées aux établissements bancaires récipiendaires d'aides publiques tiennent en des réductions de taille du bilan et en des engagements comportementaux. Ces derniers peuvent porter sur la stratégie commerciale ou sur les prix pratiqués. Les engagements structurels quant à eux peuvent prendre la forme de cessions d'actifs. Or, les désinvestissements peuvent non seulement porter sur des actifs non stratégiques mais aussi sur des actifs correspondants au *core business* de l'établissement bancaire concerné de façon à réduire sa puissance de marché et de favoriser de nouvelles entrées.

Nous avons vu que jusqu'au mois d'octobre 2008, la Commission imposait des réductions de bilan très significatives aux entreprises recevant des aides publiques (45 et 50 % respectivement pour Commerzbank et WestLB dans le cadre de l'application de l'article 87-3(b)). Si les exigences de la Commission en termes de *remèdes* structurels s'inscrivent en très nette baisse au plus fort de la crise, les engagements comportementaux ne furent jamais négligés. Une des raisons principales tient à la difficulté de réaliser des cessions d'actifs dans le cadre de conditions de marché très dégradées.

En décembre 2008, la Commission assortit son acceptation des aides versées à Fortis de l'exigence de ne pas pratiquer des prix inférieurs à ceux de ses concurrents sur les marchés sur lesquels il a de fortes parts de marché. Il n'en demeure pas moins que ces exigences comportementales peuvent en elles-mêmes poser quelques problèmes en termes concurrentiels dans un contexte de crise financière. En effet, elles ont pour effet de restreindre la présence sur le marché de l'établissement concerné. La concurrence est donc réduite à court terme ce qui peut aggraver les difficultés des firmes de l'*économie réelle* à accéder au crédit. Le risque est alors d'imposer un *remède* anticoncurrentiel⁶⁶. A ce titre, les effets peuvent être équivalents à une réduction du bilan des banques. Or, la cession d'actifs est exigée de façon croissante par la Commission au titre de la contribution propre des banques aidées à leur redressement.

Les cessions obligatoires posent le problème de valorisation des actifs. Les difficultés des établissements peuvent être en effet aggravées si les actifs ont à être vendus coûte que coûte à un prix très inférieur à leur valeur fondamentale. Le risque est d'autant plus fort que la cession doit se faire rapidement dans des conditions de marché exceptionnellement difficiles⁶⁷ et que les acheteurs potentiels sont susceptibles de jouer sur les contraintes qui pèsent sur le vendeur. Il est donc à relever que dès février 2009, la croissance des exigences en termes de mesures correctives jouèrent partiellement à l'encontre des efforts des Etats membres pour inciter les établissements bancaires à accroître le volume des crédits accordés.

Quoiqu'il en soit, après une phase centrée sur le sauvetage des banques et donc la prévention des risques de défaillance systémique, l'encadrement des aides est davantage devenu un

⁶⁶ Motta M., Polo M. and Vasconcelos H., (2003), "Merger Remedies in the European Union: An Overview", in Lévêque F. and Shelanski H., eds., *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, Edward Elgar, Cheltenham, U.K., pp.106-128.

⁶⁷ Généralement, les cessions doivent se faire dans les six mois. Une durée significativement supérieure poserait des problèmes d'aléa moral de la part de l'entreprise contrainte à céder ses actifs.

instrument de restructuration du secteur bancaire⁶⁸. A ce titre, les conditions des soutiens publics évoluent très rapidement. Dès le mois de juillet 2010, les banques qui bénéficient de soutiens publics devront accroître la rémunération des garanties apportées. De la même façon, les établissements qui reposent encore pour une large part sur des soutiens publics devront se soumettre à une procédure d'évaluation de leur viabilité. La position adoptée par la Commission à l'automne 2008 semble donc dans cet esprit s'avérer être une parenthèse. Il s'agit d'orienter les aides dans un objectif de restructuration des établissements financiers et de prévenir le risque de soutenir de façon pérenne des banques non viables.

Il apparaît, en effet, que le recours aux mécanismes de garantie s'inscrit dans un net recul par rapport aux niveaux atteints au premier trimestre 2009⁶⁹. Ce recul, amorcé depuis l'été 2009, s'est notamment matérialisé par le non-renouvellement des dispositifs français, italiens et britanniques entre la fin de l'année 2009 et le début de 2010. Les 16 régimes restant encore autorisés par la Commission arrivent quant à eux à échéance le 30 juin 2010. Selon la Commission, les régimes de garanties ne sont actuellement utilisés que par banques mal notées ou non notées⁷⁰. L'annonce de la publication courant juillet 2010 de *stress tests* permettant de jauger de la solidité des banques européennes participe de cette volonté de traiter spécifiquement les banques dont les difficultés ne sont pas seulement liées à la conjoncture.

II-2 Les tentations de tolérer des pratiques préjudiciables en période de crise... alors que le dommage à l'économie est supérieur en période de crise

Au-delà du cas du contrôle des aides publiques où il s'agit désormais de prévenir les distorsions de concurrence et de prévenir le risque de maintien sur le marché de banques *zombies*, pour reprendre le terme japonais, la Commission n'a pas non plus baissé sa garde en matière de sanctions des pratiques anticoncurrentielles ou de contrôle des concentrations.

Les circonstances exceptionnelles liées à la crise pouvaient laisser craindre un relâchement dans l'application des règles de concurrence. Des appels à un tel assouplissement étaient d'autant plus faciles à lancer que la protection des entreprises nationales affectées par la crise apparaissait comme des plus légitimes et que la concurrence exacerbée entre les banques est

⁶⁸ Almunia J., (2010), "State aid rules can help Europe exit crisis", *European State Aid Law Institute*, SPEECH/10/301, Bruxelles, 10 juin.

⁶⁹ Au premier trimestre 2009, les émissions obligataires garanties représentaient en moyenne 30 % du financement total des banques. En décembre 2009, le taux n'était déjà plus que de 4 %.

Commission européenne, (2010), *op. cit.*

⁷⁰ Commission européenne, (2010), *op. cit.*

dénoncée comme l'une des responsables de la crise. Comme le relève Frédéric Jenny, « le devoir [des autorités de la concurrence] est de résister à la pression sourde d'autoriser les cartels de crise, de ne pas succomber aux sirènes de la logique des champions nationaux en baissant la garde sur les abus de position dominante ou en autorisant, au nom des nécessaires restructurations industrielles, des concentrations anticoncurrentielles ». Nous nous proposons, dans le cadre de cette seconde section de notre seconde partie, d'analyser la façon dont la Commission a traité, au travers de sa pratique décisionnelle, ces risques. Nous attachons donc successivement aux domaines de la répression des ententes injustifiables, à celle de la sanction des abus de position dominante et enfin au contrôle des concentrations.

Quelle attitude vis-à-vis des ententes injustifiables ?

L'argument des cartels de crise ne semble pas s'être imposé au niveau communautaire⁷¹. En effet, les ententes horizontales sont incontestablement celles qui créent le plus fort dommage à l'économie. La nette tendance à l'accroissement des sanctions contre les ententes injustifiables amplifiée dans la seconde partie de la première décennie de ce siècle par Nelly Kroes s'est poursuivie sans inflexion notable depuis 2008. En 2009, six décisions relatives à des ententes anticoncurrentielles⁷² ont conduit à sanctionner 43 entreprises pour un montant cumulé de 1,62 Md€. Ces amendes ont particulièrement concerné le marché de l'énergie, lequel fait, depuis le dépôt des conclusions de l'enquête sectorielle de janvier 2007, l'objet d'une attention particulière de la part de la Commission européenne. Dans le domaine de l'énergie, pour lequel la Commission s'investit beaucoup ces dernières années, l'article 101 fut appliqué avec une sévérité certaine à E.On et GDF. Les deux entreprises furent en effet sanctionnées à hauteur de 1,106Md€ pour s'être partagé les marchés allemands et français⁷³.

De façon plus générale, la répression des ententes anticoncurrentielles est d'autant plus nécessaire en période de crise que celle-ci affecte significativement tant la propension des firmes à colluder que les gains potentiels liés à ladite collusion⁷⁴. En d'autres termes, plus la conjoncture est difficile, plus les firmes peuvent être tentées de s'entendre pour prévenir le risque de faillite et pour gérer les problèmes liés à l'apparition de surcapacités dans la

⁷¹ "If anything, anticompetitive activities- such as cartels – hurt consumers and the economy more in the bad times. So, you will see us carrying on with our zero tolerance on cartels"

Kroes N., (2009), *op. cit.*

⁷² Affaires n°COMP/39406 (tuyaux marins), COMP/39401 (E.On/GDF), COMP/39396 (carbure de calcium), COMP/37956 (ronds à béton), COMP/39129 (transformateurs de puissance) et COMP/38589 (stabilisants thermiques)

⁷³ Affaire COMP/39401.

⁷⁴ Bagwell K. and Staiger R., (1997), "Collusion over the Business Cycle", *RAND Journal of Economics*, vol. 28(1), pp.82-106.

branche⁷⁵. De plus la faiblesse des perspectives commerciales liées à la crise rend moins attractive les stratégies de déviation par rapport à l'accord de cartel et renforce ce faisant sa stabilité. Un tel effet contrecarre l'efficacité des programmes de clémence mis en place par les autorités de la concurrence, laquelle repose sur l'instabilité intrinsèque des ententes. Ce faisant, il apparaît comme plus que jamais nécessaire d'investir dans un renforcement des capacités de détection (et de sanction) de ces dernières⁷⁶... ainsi que d'accroître le montant des amendes pour faire pleinement jouer à ces dernières leur rôle dissuasif.

De la répression des abus de dominance individuels en période de crise

La répression des abus de position dominante n'a pas non plus manifesté de pause durant la crise. Les sanctions imposées sur la base de l'actuel article 102 du TFUE ont été des plus significatives durant la période considérée. Il est même à noter qu'aux côtés des amendes imposées par la Commission, il a été fait un large recours des mesures correctives de natures structurelles ou comportementales. Ce recours s'est fait soit dans le cadre de décisions sur le fond (article 7 du règlement n° 1/2003), soit dans le cadre de procédures d'engagements (article 9 du règlement n° 1/2003). Ceci fut particulièrement le cas pour les secteurs électriques et gaziers. L'enquête sectorielle, menée par la Commission entre 2005 et 2007, s'est notamment traduite par des procédures qui ont débouché par un ensemble de mesures correctives – souvent dans le cadre d'engagements - conduisant à des remèdes structurels, tels des cessions d'actifs de transports (E.ON en 2008 et RWE en 2009⁷⁷) ou quasi-structurels, en l'occurrence des réductions de réservations de capacités à long terme (GDF Suez⁷⁸ et EDF⁷⁹).

Pour la Commission, les stratégies d'éviction de la concurrence mises en œuvre par les opérateurs historiques constituent l'entrave majeure à la constitution d'un marché intérieur de l'énergie. Le contrôle des infrastructures de réseaux et une faible propension des différents opérateurs nationaux à entrer agressivement sur le marché historique de leurs homologues expliqueraient en grande partie ces difficultés. Aussi, malgré le contexte de crise et malgré (ou à cause de) l'échec subi dans le cadre du troisième paquet de directives, adopté le 13 juillet 2009, dans son projet d'imposer une dé-intégration verticale des entreprises électriques et gazières, la Commission ne relâcha-t-elle pas ses efforts durant la période considérée.

⁷⁵ Stephan A., (2009), "Will the Recession Make Cartels more Likely and Cartel Enforcement more Difficult", *CCP Newsletter*, n° 19, February.

⁷⁶ Deschamps M. et Marty F., (2006), « Détection et sanction des ententes anticoncurrentielles : L'éclairage de l'analyse économique du droit », *Revue Economique et Sociale*, n° 4-2006, décembre ; pp. 71-82.

⁷⁷ Voir IP/09/410 du 18 mars 2009.

⁷⁸ Affaire COMP/39316

⁷⁹ Affaire COMP/39386

Cette sévérité peut d'autant plus s'expliquer qu'en règle générale, les abus de position dominante peuvent apparaître comme d'autant plus dommageables à la concurrence et profitables aux firmes qui les mettraient en œuvre que la conjoncture économique est dégradée. Par exemple, une firme disposant de fortes réserves financières ou d'un accès privilégié à des financements (*théorie du portefeuille bien rembourré*) peut lancer une stratégie de prédation par les prix contre l'un de ses concurrents avec d'autant plus de chances d'un succès rapide que ce dernier ne peut accéder normalement au marché du crédit⁸⁰. De la même façon, si la demande est faible, le coût d'opportunité lié à la baisse du prix lors de la première phase de la stratégie de prédation le sera tout autant⁸¹. Si le prédateur table que la seconde phase se déroulera durant la reprise, la récupération des *capitaux investis dans la prédation* n'en sera que plus rapide. De la même façon, la probabilité de détection par la Commission sera d'autant plus faible qu'il sera difficile de faire la part des choses entre la baisse des prix liée à la première phase de la prédation et la baisse des prix mécaniquement liée à la réduction de la demande du fait de la crise⁸².

La pratique de la Commission en matière de contrôle des concentrations

En matière de contrôle des concentrations, la crise n'a – au point de vue quantitatif – pas eu d'impact significatif sur l'activité de la Commission. En 2009, 259 opérations ont été notifiées. 243 décisions finales ont été rendues et quelques 225 opérations ont été approuvées sans condition lors de la première phase. 13 l'ont été avec conditions lors de cette phase. Seules 5 procédures de seconde phase ont été ouvertes. Cependant, la crise affecte les le traitement des projets de concentrations par la Commission, notamment dans le secteur bancaire. Elle peut, tout d'abord, donner lieu à un recours plus fréquent à la théorie de l'entreprise défaillante. Elle peut, ensuite, conduire à des propositions de fusions potentiellement anticoncurrentielles sur la base d'une hypothétique substituabilité entre les soutiens publics et les rentes liées au pouvoir de marché⁸³. L'idée serait que les banques se

⁸⁰ Kirat T. et Marty F., (2007), *Economie du Droit et de la Réglementation* Gualino, Mémento LMD, Paris, 183p., mai.

⁸¹ Nous considérons ici la prédation comme un investissement en pouvoir de marché se concevant dans le cadre d'un jeu à deux périodes. Dans une première – la phase de prédation stricto sensu – la firme prédatrice subit un coût d'opportunité (pertes ou manque à gagner par rapport au prix concurrentiel qu'elle pourrait pratiquer) pour évincer (ou discipliner) un concurrent. Une fois ce dernier évincé du marché (ou dissuadé de faire une concurrence par trop agressive), la firme prédatrice pourra élever ses prix au-delà du niveau concurrentiel pour récupérer ses investissements initiaux et jouir, selon l'expression de John Hicks, de la vie paisible sinon du monopole du moins de l'opérateur dominant. Cette quiétude ne pourrait être troublée que par de nouvelles entrées. Celles-ci seront cependant d'autant moins probables que les barrières à l'entrée (et à la sortie) seront élevées et que la firme aura constitué un capital réputationnel suffisant pour dissuader tout nouvel entrant...

⁸² Amelio A. and Siotis G., (2009), *op. cit.*

⁸³ Amelio A. and Siotis G., (2009), *op. cit.*

situeraient dans une meilleure position de marché d'autant plus favorables qu'elles seraient puissantes sur ce dernier, que cela soit du fait des facilités induites en termes de refinancement ou des économies d'échelle ou d'envergure induites. Non seulement, de telles économies seraient très longues à se matérialiser mais, comme nous l'avons déjà vu, un éventuel relâchement de la pression concurrentielle aurait pour principal effet de réduire les incitations à engager les efforts nécessaires pour prévenir de nouvelles crises. Il n'en demeure pas moins que dans de nombreux cas les concentrations dans le secteur bancaire ont été vues comme une des solutions à la crise, parfois au détriment des principes posés par le droit de la concurrence⁸⁴. Il apparaît en tout état de cause, en matière de contrôle des concentrations, qu'il s'agisse du secteur bancaire ou des autres domaines d'activité, que la Commission a adapté sa pratique décisionnelle aux circonstances, en considérant la situation effective des marchés concernés⁸⁵, en adoptant une position plus flexible notamment en matière de mesures correctives et en prenant, comme nous l'avons vu, des décisions dans des délais parfois très brefs.

La crise a ouvert une période de turbulences en termes d'acceptabilité collective des politiques de concurrence. La pratique décisionnelle de la Commission s'est pourtant écartée d'un dogmatisme concurrentiel contre-productif⁸⁶. Elle fut aidée en ceci par l'adoption d'une approche plus économique dans la mise en œuvre du droit de la concurrence. Le recul depuis les années quatre-vingt-dix des approches formalistes conduit à une meilleure prise en considération des effets économiques des pratiques ou des projets notifiés dans le contexte actuel des marchés. Il s'ensuit une meilleure adaptation aux circonstances particulières liées à la crise. De la même façon, si la Commission ne fit guère de concessions sur les principes fondamentaux de sa politique de concurrence, ses décisions attestèrent d'une recherche de flexibilité et de rapidité des traitements. Il est également possible d'observer des inflexions dans la nature des mesures correctives exigées, au moins dans la plus forte phase de la crise.

⁸⁴ Mathur A., (2009), "UK Merger Control in Times of Financial Crisis: Rebutting the Justifications for *Lloyds-HBOS*", *Concurrences*, n° 4-2009.

⁸⁵ Les turbulences que connaissent certains secteurs rendent cependant significativement plus difficiles les évaluations des effets futurs des concentrations, qu'il s'agisse des effets potentiels sur la concurrence ou des éventuels gains d'efficacité qui pourraient découler des projets notifiés.

⁸⁶ « Une rigidité de façade concernant la mise en œuvre du droit de la concurrence, [qui] risque de rendre incompréhensible et intolérable ce droit dont la légitimité n'est pas encore acquise ». Jenny F., (2009), *op. cit.*

A ce titre, la position adoptée par la Commission en matière d'encadrement aides publiques peut apparaître comme particulièrement adaptée, quand bien même il est possible de discuter du caractère relativement tardif de cet assouplissement (octobre 2008) et des modalités de resserrement des conditions exigées dès février 2009. Le maintien d'un cadre européen – adapté aux circonstances mais reposant sur des règles lisibles et prévisibles - a permis que les initiatives nationales visant au sauvetage des établissements bancaires ne se traduisent pas par un processus de concurrence fiscale et n'induisse pas des distorsions de concurrence majeures. Alors que les aides, sous forme de recapitalisation, de garanties, d'apports de liquidité, de reprises de certains actifs, se sont avérées des plus massives (plus de 30 % du PIB de l'ensemble des Etats membres de l'Union), les conditions d'une concurrence non faussées ont été maintenues⁸⁷. Le cadre construit durant l'automne 2008 doit être conçu comme une réponse temporaire aux nécessités induites par la crise. Son effacement progressif durant le second semestre 2010 peut donc alors s'expliquer par la volonté de rétablir pleinement les mécanismes de marché et de tenir compte de l'inquiétant déplacement de la crise vers la dette souveraine⁸⁸.

⁸⁷ Italianer A., (2010), "Priorities for competition policy", *St Gallen International Competition Law Forum*, May, 20th.

⁸⁸ Marty F. et Spindler J., (2009), « Quelle politique économique face à une *crise parfaite* ? La place des mesures fiscales dans les politiques de relance », *Gestion et Finances Publiques*, n° 7, juillet, pp.570-575.